

9. LA LIBERTAD.

9.1 Conceptos.

Del latín *libertas* – *atís* indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud.

“La libertad es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica. Solo la vida la supera y dado que la legislación mexicana no impone ya la pena de muerte, podemos afirmar que la libertad es el bien más valioso de cuantos se debaten en los tribunales, y es el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal”¹¹⁷.

El tipo de libertad que interesa en este documento es la libertad deambulatoria o de movimiento, conocida también como libertad corporal. Iván González¹¹⁸ define el derecho a la libertad como *una garantía de los ciudadanos que los pone a salvo de las detenciones arbitrarias o de cualquier privación de su libertad física ilegítima que pueda interferir en el ejercicio de la misma.*

A propósito, el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza la libertad de tránsito al establecer:

“ Todo hombre tiene derecho para entrar a la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil.”

¹¹⁷ Zamora Pierce, Jesús. *La ampliación de la garantía de libertad bajo caución*. Revista Criminalia. Año LIX, México D. F. Enero-Abril 1993. No. Editorial Porrúa. México 1993. Pág. 102.

¹¹⁸ González Amado, Iván. *Derecho a la libertad, Detención y Subrogados Penales*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia. Volumen XVI. No. 52. Sept-Dic. 1994. Pág.

Victor M. Martínez Bullé¹¹⁹ manifiesta que *las restricciones fundamentales a esta libertad de movimiento o de locomoción son reconocidas procesalmente como providencias precautorias como el arraigo, y en la misma línea se encuentra la detención y la prisión preventiva en el ámbito de derecho penal, que persigue precisamente evitar que el individuo evada sus responsabilidades penales, producto de la comisión de algún delito.*

La libertad personal en México, está limitada en nuestra Constitución, al señalar que está subordinada a la autoridad judicial en los juicios criminales y si recordamos que el artículo 18 de la misma Carta Magna establece que solo por delitos que merezcan pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, el margen que tiene la autoridad para aprisionar preventivamente es muy amplio.

Siendo la privación de la libertad una medida tan radical en el ser humano por afectar directamente su vida privada y todos los perjuicios que ello conlleva, debería ser protegida en mayor medida por nuestra Constitución, pues aunque en el artículo 14 se establece que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus bienes sino mediante juicio, la misma Constitución autoriza que la libertad sea afectada preventivamente cuando hay sospecha de que se cometió un delito que merece pena corporal no importa si es o no grave.

En el presente trabajo, se considera que lo que debe prevalecer es el respeto a la libertad mientras se celebra el proceso, sobre todo si se trata de delitos considerados como no graves por la ley, pues como opina la doctrina, la libertad personal es uno de los bienes de mayor jerarquía que solo la vida lo supera.

¹¹⁹ Martínez Victor M. Constitución Política Mexicana Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Poder judicial de la Federación UNAM. México, 1997. Pág. 109.

9.2 LA LIBERTAD PROVISIONAL.

Alfredo Genis ¹²⁰ explica que así como la detención o prisión preventiva constituyen una medida cautelar que se decreta en el proceso penal a favor de la seguridad social, la providencia opuesta, es decir la que beneficia al acusado sometido a dicha detención, es la denominada libertad provisional, que en el ordenamiento mexicano puede asumir dos modalidades:

- a) La libertad caucional y
- b) La libertad bajo protesta.

Para el Diccionario de la Lengua Española ¹²¹ libertad provisional es la *“Situación o beneficio de que pueden gozar con fianza o sin ella los procesados, no sometiéndolos durante la causa a prisión preventiva”*.

García Cordero ¹²² nos dice *que la experiencia que ha dejado la libertad provisional, medida que tiene por objeto asegurar la comparecencia del procesado o garantizar la efectividad de la sentencia, constituye un avance indudable en la sustitución de la prisión preventiva. Es una medida que agiliza el proceso, humaniza la impartición de la justicia, abate costos administrativos y garantiza un mejor equilibrio entre autoridades penales y gobernados.*

La opinión que se sustenta en este trabajo es en el sentido de que la prisión preventiva no debe aplicarse siempre, por lo que al existir la figura jurídica denominada libertad provisional, se colabora en la humanización de la justicia penal al disfrutar el procesado de su libertad, pues el encierro atenta contra su dignidad, se dice con razón que en el mejor de los casos despersonaliza, (no importa quién fue la persona en el exterior, lo que haya sido en el pasado, por bueno o positivo que sea, al ser encarcelado eso queda atrás y solo es un interno o un preso más) además la libertad le da al inculcado una mayor

¹²⁰ González-Mendez, Alfredo Genis. *La libertad en el Derecho Procesal Penal Federal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1999. Pág. 56.

¹²¹ Diccionario de la Lengua Española G-Z. Editorial Cultural S.A Madrid, 1996. Pág. 853.

¹²² García Cordero, Fernando. Obra citada. Pág. 305.

oportunidad de defenderse en el proceso, lo que difícilmente puede realizar estando en cautiverio.

9.3 La libertad provisional bajo caución en el Derecho Mexicano.

La libertad provisional bajo caución ha sido definida ¹²³ *“Como la contrapartida de la prisión preventiva, ya que supone una situación intermedia entre la prisión preventiva y el normal estado de libertad del no inculpado. Es una medida cautelar personal que pretende asegurar el proceso y su normal desarrollo así como la ejecución de la posible sentencia; comporta el estado normal del imputado frente a la prisión provisional, por lo que la regla general debe ser la de esperar el juicio en estado de libertad”*.

Este tipo de libertad se encuentra regulada por nuestra Carta Magna, por lo que se transcribe en lo que interesa, el artículo 20 constitucional:

“En todo proceso de orden penal el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. *Del inculpado.*

I. Inmediatamente que lo solicite el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del ministerio público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por un delito calificado como grave por la ley o, cuando el ministerio público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad;

¹²³ Martínez Pardo, Vicente José. *La libertad provisional. Régimen jurídico*. <http://www.uv.es/~ripj/6lib.htm>

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado”.

Llama la atención la modificación a éste artículo en su fracción I, que se realizó en Junio de 1996, consistente en darle al juez la potestad de negar la libertad provisional cuando el inculpado hubiera sido condenado con anterioridad por un delito calificado como grave por la ley o cuando el Ministerio Público aporte elementos para establecer que la libertad del inculpado es un peligro para la sociedad.

Alfredo Genis¹²⁴ dice respecto a dicha modificación: “*Esta particularidad debe desaparecerse del ordenamiento constitucional y de las leyes secundarias, puesto que al ser la libertad uno de los mayores bienes naturales y jurídicos del hombre, la regulación de su restricción debe estar categóricamente bien definida por la ley y no dejarla al arbitrio de los servidores públicos, que pueden errar en la apreciación de circunstancias del presunto responsable y determinarse quizá por ignorancia o malevolencia en perjuicio del sujeto detenido, por lo que es necesario trabajar de inmediato en la contrarreforma constitucional”.*

En el mismo sentido José Castro Durán¹²⁵ menciona que el legislador, en su exposición de motivos a la última reforma constitucional, toma en consideración la situación actual de inseguridad social debido a la facilidad con que salen libres los procesados, agrega el referido autor que no está de acuerdo con esta

¹²⁴ González-Méndez, Alfredo Genis. Obra citada. Pág. 65

¹²⁵ Castro Durán, José. *Reforma al artículo 20 constitucional fracción primera.*

<http://www.cddhcu.gob.mx/camdip/com/vii/comelegs/inicio/PonenEdos/Qroo/22-012.html>

medida, ya que *"Socialmente sí existe inseguridad, pero más que nada es debida a la errónea política económica que se ha aplicado, en la práctica esta medida no va a influir para traer la seguridad pública, ya que lo que traerá como consecuencia es que se saturen las ya de por sí atiborradas e insuficientes prisiones"*.

Se dice entonces que ¹²⁶ *"El abuso de la prisión preventiva se ve reforzada por la reforma legislativa que faculta al Ministerio Público para solicitar al juez, se niegue de manera discrecional el derecho a libertad bajo fianza de la persona detenida"*

La opinión que se sustenta en este punto es que efectivamente debería haber una contra reforma constitucional que no obstaculice la libertad de los reos de delitos no graves mientras se tramita el proceso.

En lo que se refiere a haber sido condenado con anterioridad por un delito grave, no debería ser impedimento para que la persona disfrute de esta garantía, porque en ese caso se estaría prejuiciando y castigando al acusado por algo por lo que ya ha sido sentenciado.

En cuanto a que el Ministerio Público aporte elementos para establecer que la libertad del inculpado es un peligro para la sociedad, se puede prestar a abusos de la parte acusadora y además, como dice Alfredo Genis la libertad es uno de los bienes mayores del hombre, por lo que no debe dejarse al arbitrio de los servidores públicos, sino que debe estar categóricamente definida por la ley.

Si es por razones de seguridad de la sociedad por las que debe negarse la libertad, se considera que el efecto es contrario al esperado ya que la práctica penitenciaria indica que al no disfrutar los procesados de la libertad y en cambio

¹²⁶ *Las condiciones de detención de las personas encarceladas.* <http://www.derechos.org/nizkor/México/limedh/prisiones.html>

sufre los efectos nocivos del encarcelamiento, puede haber como consecuencia un aumento en la criminalidad, pues como bien dice Rodríguez Manzanera hasta las mejores cárceles son criminógenas.

9.4 Los delitos y la libertad provisional.

9.4.1 Delitos graves.

Para que proceda la libertad bajo caución, la Constitución exige que no se trate de delitos graves, siendo la legislación secundaria la que se encarga de especificar cuáles son estos delitos.

A continuación se transcribe el artículo relativo al tema, del Código Penal vigente en el Estado de Nuevo León; en éste el legislador señala solamente los artículos en donde se contienen los delitos, por lo que frente a cada número que corresponde al artículo, se agrega entre paréntesis el delito y la pena de prisión correspondiente.

Artículo 16 bis. *“Para todos los efectos legales se califican como delitos graves consignados en este código.*

I. Los casos previstos en los artículos

66, *primer párrafo*; (Cuando se trata de conductores de vehículos de servicio público de pasajeros o de transporte escolar, si hubo culpa grave que produzca lesiones graves u homicidio, se impondrá una pena de tres a diez años);

150, 151, 153, 154 (Rebelión, desde uno a diecisiete años de prisión).

158, 159, 160 (Sedición, de seis meses a siete años de prisión)

163 (Conspiración, de seis meses a cinco años de prisión)

164 (Terrorismo, de seis a diecisiete años de prisión)

165 (Sabotaje, seis a catorce años de prisión)

166 fracciones III y IV (Evasión de presos. Desde dos a catorce años de prisión)

172 último párrafo (Quebrantamiento de sanción. De tres a diez años de prisión)

176 (Delincuencia organizada y pandilla. De cuatro a diez años de prisión)

196, 197, 197 bis (Corrupción de menores. Desde dos a doce años de prisión)

203 segundo párrafo, 204 (Lenocinio. De dos a diez años de prisión);

208 último párrafo (Ejercicio indebido o abandono de funciones públicas. De dos a doce años de prisión)

211, 212 fracción II (Delitos en contra del patrimonio del estado, cuando el monto del daño patrimonial exceda de quinientas cuotas. De dos a doce años de prisión)

214 bis, 214 bis 1 (Intimidación e intimidación equiparada. De dos a nueve años de prisión)

216 fracciones II y III (Cohecho. Desde uno a doce años de prisión)

216 bis último párrafo (Ejercicio abusivo de funciones. De dos a doce años de prisión)

218 fracción III (Peculado. De dos a doce años de prisión)

222 bis cuarto párrafo (Enriquecimiento ilícito. De dos a catorce años de prisión)

225 (Delitos cometidos en la administración de justicia. De uno a diez años de prisión)

240, 241, 242 (Falsificación de títulos al portador y documentos de crédito público. De uno a diez años de prisión)

243 (Falsificación de sellos o marcas oficiales, de uno a diez años de prisión)

250 segundo párrafo (Falsedad en declaraciones y en informes dados a una autoridad. De seis meses hasta quince años de prisión)

265, 266, 267, 268 (Violación. Desde seis a doce años de prisión)

298, 299 (Asalto. De uno a quince años de prisión)

303 fracción III (Lesiones. De cinco a diez años de prisión)

312, 313, 315, 318, 320 párrafo primero (Desde tres a veinticinco años de prisión)

321bis, 321 bis 3. (Tortura. De tres a doce años de prisión).

322.(Inducción o auxilio al suicidio. De cinco a doce años de prisión)
325. (Parricidio. Tres a cuarenta años de prisión)
329. (Aborto. Tres a nueve años de prisión)
357. (Privación de libertad con carácter de secuestro. De quince a cuarenta años de prisión)
365 bis (Robo equiparable se aplicará de cinco a quince años)
367 fracción III, 371, 374 último párrafo, 377 fracción III, 379 párrafo segundo (Robo . De seis meses a doce años de prisión)
387 (Fraude. De seis meses a doce años de prisión)
395. (Chantaje. De dos a diez años de prisión)
401(Despojo de inmueble. De seis meses a ocho años de prisión)
402 . (Daño en propiedad ajena. De cinco a quince años de prisión)
403. 404 (Cuando el delito de daño en propiedad ajena se cause por medio de incendio, inundación o explosión. De cinco a diez años de prisión)
II. El caso previsto en el segundo párrafo del artículo 66, (tratándose de cualquier otro conductor de vehículo, es decir que no sea de servicio público de pasajeros o de transporte escolar) cuando se produzcan dos o más muertes y el responsable condujera en estado de voluntaria intoxicación.
III. Los delitos tipificados en leyes especiales del Estado, cuando la pena máxima prevista exceda de ocho años de prisión.

9.4.2 Delitos no graves.

De acuerdo con el citado artículo 16 bis del código penal del Estado de Nuevo León: son delitos no graves y por lo tanto procede la libertad provisional bajo caución en los casos siguientes:

66. Delitos culposos cometidos sin culpa grave. De uno a siete años de prisión.
166. Evasión de presos. Desde un mes a siete años de prisión.
169, 170, 171, 172. Quebrantamiento de sanción. Desde 15 días hasta diez años de prisión.
173, 174 Portación prohibida de armas. De seis meses a cuatro años de prisión.

175 Disparo de Arma de fuego. De seis meses a seis años de prisión.

178. Violación de correspondencia. De tres días a seis meses de prisión.

180 a 185 Desobediencia y resistencia de particulares. Desde quince días hasta cuatro años de prisión.

186 a 188. Oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo público. Desde ocho días hasta dos años de prisión.

189,190. Quebrantamiento de sellos. De tres a cinco años de prisión.

191,192. Delitos cometidos contra instituciones oficiales y servidores públicos. De tres a cinco años de prisión.

195. Ultrajes a la moral pública. De uno a cinco años de prisión.

198. Emplear a menores de edad en cantinas, tabernas y centros de vicio. De tres días a un año de prisión.

205 Provocación de algún delito y apología de este o de algún vicio. De tres días a seis meses de prisión.

206,207. Revelación de secretos. Desde dos meses a cinco años de prisión.

207bis, 208. Ejercicio indebido o abandono de funciones públicas, cuando el monto de las operaciones indebidas no ascienda de seiscientas cuotas. Desde tres meses hasta siete años de prisión.

209, 210. Abuso de autoridad. De seis meses a nueve años de prisión.

212 fracción I. Delitos patrimoniales de servidores públicos cuando el monto del daño patrimonial no exceda de quinientas cuotas. De tres meses a tres años de prisión.

213,214. Coalición. De dos a siete años de prisión.

215, 216 fracción I. Cohecho, si el valor del cohecho no excede de doscientas cincuenta cuotas. De tres meses a dos años de prisión.

216 bis. Ejercicio abusivo de funciones si la cuantía del beneficio obtenido no excede de seiscientas cuotas. Desde tres meses hasta seis años de prisión.

217, 217 bis, 218, 219. Peculado. Desde tres meses hasta doce años de prisión.

220 a 222. Concusión. De dos a ocho años de prisión.

222 bis Enriquecimiento ilícito cuando el monto del enriquecimiento no exceda de cinco mil cuotas. Desde tres meses a siete años de prisión.

223. Delitos cometidos en la custodia de documentos. De seis meses a seis años de prisión.

224, 224 bis. Delitos cometidos en la administración y procuración de justicia. Desde seis meses a ocho años de prisión.

227 a 231 bis. Responsabilidad médica, técnica y administrativa. Desde un mes hasta seis años de prisión.

232 a 234. Delitos de abogados, patronos y litigantes. Desde tres meses a tres años de prisión.

235 a 239. Calumnia. Desde seis meses hasta cuatro años de prisión.

244. Falsificación de llaves, sellos, marcas, estampillas de un establecimiento privado. De tres meses a tres años de prisión.

245 a 248. Falsificación y uso de documentos en general. De seis meses a tres años de prisión.

249. Falsedad de declaraciones y en informes dados a una autoridad. De seis meses a tres años de prisión.

253, 254 Variación del nombre o domicilio. De tres días a un año de prisión.

255. Usurpación de funciones públicas o de profesión y uso indebido de condecoraciones o uniformes. De un mes a tres años de prisión.

259 a 261. Atentados al pudor. Desde uno a seis años de prisión.

262 a 264. Estupro. De uno a cinco años de prisión.

271 bis, 271 bis 1. Hostigamiento sexual. Desde seis meses a cuatro años de prisión.

272, 273. Delitos contra el estado civil. De uno a seis años de prisión.

274 a 276. Bigamia. Desde tres meses a cinco años de prisión.

277. Incesto. De uno a ocho años de prisión.

278, 279 Exposición de menores. De uno a cuatro meses de prisión.

280 a 283. Abandono de familia. De dos a cinco años de prisión.

284 a 287. Substracción de menores. Desde dos hasta cinco años de prisión.

287 bis a 287 bis III: Violencia familiar. Desde seis meses hasta cuatro años de prisión.

288 a 290. Violación de las leyes sobre inhumación y exhumaciones. De Tres días a dos años de prisión.

291 a 294 Amenazas. De seis meses a dos años de prisión.

295, 296. Allanamiento de morada. De un mes a dos años de prisión.

300 301, 303 fracciones I y II, 306. Lesiones. Desde tres hasta seis años de prisión.

323. Inducción y auxilio al suicidio. De tres días a tres años de prisión.

327, 328 Aborto voluntario. Desde seis a seis años de prisión.

332,334. Ataques peligrosos. De tres días a dos años de prisión.

335 a 337. Abandono de personas. Desde un mes a cuatro años de prisión.

338 a 341. Golpes y violencias físicas simples. De un mes a dos años de prisión.

342,343 Injurias. De tres días a un año de prisión.

344 a 348. Difamación. De tres meses a tres años.

356. Privación ilegal de libertad en la modalidad de plagio. De dos a seis años de prisión.

359 a 363 Rapto. De seis meses a seis años de prisión.

364 a 367 fracciones I y II Robo cuando el valor de lo robado no exceda de doscientas cuotas. Desde seis meses a ocho años de prisión.

377 fracciones I y II. Robo en el campo cuando el valor de lo robado no exceda de doscientas cuotas. Desde seis meses a ocho años de prisión.

381 a 384 Abuso de confianza. Desde tres meses a ocho años de prisión.

385, 386 Fraude. Desde seis meses a doce años de prisión.

388 a 391 Fraude laboral. Desde quince días hasta seis años de prisión.

392 a 394 Usura. De seis meses a ocho años de prisión.

396. Administración fraudulenta. Desde uno a doce años de prisión.

397 a 400. Despojo de cosas inmuebles o de aguas. De seis meses a cinco años de prisión.

402. Daño en propiedad ajena. De seis meses a ocho años de prisión.

409 a 413 Encubrimiento. Desde tres meses a cinco años de prisión.

414 a 426 Delitos electorales. Desde tres días hasta siete años de prisión.

Por otra parte, congruente con lo ordenado por la Constitución en lo referente a requisitos para conceder la libertad provisional bajo caución, el artículo 493 del Código de Procedimientos penales vigente en el Estado, establece:

“ Todo inculcado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño.

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándosele las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo.

II. Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que, en su caso puedan imponérsele;

III. Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y

IV. Que no se trate de delitos graves previstos en las tres fracciones del artículo 16 bis del Código Penal”.

Independientemente que de acuerdo con la Constitución, el juez cuenta con amplio arbitrio para conceder o negar la libertad bajo caución en caso de delitos no graves, puede darse el caso de que por sus escasos recursos económicos el inculcado no pueda aprovechar esa garantía constitucional y tenga que permanecer en prisión preventiva hasta que se dicte sentencia, lo que se considera es contrario al principio de presunción de inocencia, apareciendo además como uno de los efectos negativos de la privación de libertad, la dificultad para que el procesado se defienda adecuadamente del delito imputado en su contra. Esto sucede en la práctica aún cuando el delito no sea grave y el procesado hasta el momento de su detención hubiera tenido una vida alejada de problemas con la justicia. La opinión que se sustenta en este trabajo

es en el sentido de que la libertad provisional no se niegue en los casos de delitos no graves, principalmente por la repercusión del encarcelamiento en la vida del sujeto, que se supone es inocente pero que le afecta en sus bienes, en su familia, en su honor y por que puede producir efectos contrarios a los fines del derecho, por el contenido criminógeno del encierro.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁷ ha señalado que: *"Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que – aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad"*

Esto es acorde con lo que dice Mariano Ruiz Funez¹²⁸ para quien *"La libertad es el bien jurídico de mayor categoría de cuantos merecen la protección de la norma de derecho. Violarla en el individuo o quebrantarla en la sociedad constituye las más grave de las trasgresiones, el mayor de los peligros, el más trascendental de los daños, un serio motivo para la alarma pública"*.

Sobre este tema existe la siguiente Tesis, que se refiere a la no justificación de la prisión preventiva cuando el delito no afecta mayormente a la sociedad.

"Libertad provisional bajo caución. Se justifica por la mayor entidad de la garantía de libertad sobre el cumplimiento de la prisión preventiva y por la circunstancia de que ciertos delitos producen en el núcleo social un impacto menor que no justifica la permanencia del acusado en un centro de reclusión.

Al establecerse la garantía de la libertad provisional bajo caución se buscó conceder a ciertas y determinadas personas (presuntos responsables, sobre quienes pesan elementos probatorios suficientes para incoarles proceso, con el fin de establecer su responsabilidad penal plena o su inocencia en la comisión de un delito) la oportunidad de vivir sujetos a un proceso fuera de un centro de

¹²⁷ Libertad Personal. <http://www.cajpe.org.pe/guia/s12.htm>

¹²⁸ Citado en la Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1964. Pág. 427.

reclusión, atendiendo a la entidad, naturaleza, clase y bien jurídico tutelado del delito que se les impute en forma presuntiva. O sea, la ratio legis del derecho a la obtención de la libertad provisional, la constituye el reconocimiento del hecho de que si bien una persona presuntivamente incurrió en el delito que se le imputa, su impacto en el núcleo social, no justifica su permanencia o estancia dentro de ese centro, puesto que si bien la comisión de todo delito ocasiona una alteración en el núcleo social y atenta contra la sociedad, ello depende de la clase de delito de que se trate lo que, necesariamente, se traduce en la cuantía de la pena que el legislador determina en la sanción que eventualmente se impondrá al responsable". Amparo en revisión 532/2000. 16 de Junio de 2000. Novena Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XII, Agosto de 2000. Tesis 2° LXXXIX/2000. Tesis aislada. Materia penal. Página 367.

9.5 La libertad provisional bajo protesta.

La forma de libertad a que se hace referencia, está contenida en el artículo 418 del Código Federal de Procedimientos Penales que dispone lo siguiente:

"La libertad bajo protesta podrá decretarse siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- I. Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años.*
- II. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.*
- III. Que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo;*
- IV. Que la residencia del inculpado en dicho lugar sea de un año cuando menos.*
- V. Que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o modo honesto de vivir; y*

VI. *Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se substraiga a la acción de la justicia..”*

Dice Sergio Huajuca¹²⁹ respecto a esta forma de libertad que *“Ya no asegurada la libertad a través de un instrumento económico, se restringen los derechos del inculpado merced a su palabra de honor debidamente protestada ante el juez de la causa. Para su otorgamiento intervienen aspectos subjetivos que sirven de base: escasa peligrosidad, menor entidad del delito perpetrado y conveniencia de sustraer al individuo de los influjos de las cárceles. Sus ventajas han propiciado que la doctrina propugne por su extensión a mayor número de casos”*

Zamora –Pierce¹³⁰, nos explica que *“Esta es la primera forma procesal de ampliar la garantía de libertad bajo caución, contemplada también por los artículos 552 a 555 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que permite al procesado obtener la libertad mediante una garantía de carácter moral, su palabra de honor de no fugarse. Es una ampliación de la garantía constitucional, por cuanto no está condicionada al otorgamiento de una caución económica”.*

En el Estado de Nuevo León la única libertad provisional que existe de acuerdo con el Código de Procedimientos Penales, es la libertad provisional bajo caución, prevista en el artículo 493; por lo que podría pugnarse por introducir la libertad bajo protesta en la Ley adjetiva del Estado, a fin de que también a nivel local se amplíen las posibilidades de libertad provisional para el procesado.

De acuerdo con lo anterior se propone que se introduzca un artículo en el Código de Procedimientos penales que establezca algo similar a lo establecido por el código federal de procedimientos penales, para quedar como sigue:

¹²⁹ Huajuca Betancourt, Sergio. Obra citada. Pág. 66.

¹³⁰ Zamora-Pierce, Jesús. *La ampliación de la garantía de la libertad bajo caución*. Revista Criminalia. Año LIX, Enero- Abril de 1993 No. 1. Editorial Porrúa S. A. México, 1993. Pág. 105

"La libertad bajo protesta podrá concederse cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de delitos no graves.
- b) Que el inculpado sea de escasos recursos económicos.
- c) Que este tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo;
- d) Que la residencia del inculpado en dicho lugar sea de un año cuando menos.
- e) Que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o modo honesto de vivir;
- f) Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se substraiga a la acción de la justicia"

Siguiendo la línea de pensamiento consistente en que los procesados por delitos no graves no deben perder su libertad corporal durante el proceso, un requisito que se pediría para conceder la libertad bajo protesta sería precisamente el que no se tratara de delitos graves; por otra parte para beneficiar a los más desprotegidos, debe comprobarse que se trate de una persona de bajos recursos económicos, y para asegurarse de que el sujeto comparecerá al desarrollo del proceso se pide que tenga arraigo en el lugar, y tenga además un trabajo o profesión o modo honesto de vivir.

9.6 La libertad provisional en el derecho comparado.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en nuestro país donde la prisión preventiva es la regla y la libertad provisional la excepción, lo que a juicio de la sustentante no debe existir por la presunción de inocencia que opera a favor del procesado, en otros países sucede lo contrario, es decir la regla general es la libertad provisional y la excepción la prisión preventiva.

Sobre el derecho a la libertad, la Constitución de la República de China¹³¹ en su artículo 23 dice:

“Las libertades y los derechos no deben ser restringidos por la ley, excepto cuando sea necesario para impedir su trasgresión a las libertades de otra persona, para prevenir una crisis inminente, para mantener el orden social o para promover el bienestar público”. Y en el artículo 24 se agrega: “Cualquier funcionario público que en violación de la ley, vulnere la libertad o el derecho de cualquier persona debe ser considerado responsable ante las leyes criminales y civiles.”

La ya citada Constitución de Chile en su artículo 19.7 inciso e) ordena:

“La libertad provisional procederá, a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”.

En Inglaterra y Estados Unidos, la libertad provisional también es la regla general, al respecto en un estudio realizado sobre la prisión preventiva se menciona lo siguiente¹³²

“Para el Derecho Inglés, la persona tiene, en general un derecho a la fianza (Bail Act de 1976), que solo puede ser denegado por el magistrado si considera, entre otros supuestos, que aquella pueda fugarse y/o interferir en el curso de la justicia, y/o cometer otras infracciones. La Criminal Justice and Public Order Act de 1994 introdujo determinadas excepciones a dicho derecho para las personas acusadas de asesinato, tentativa de asesinato, asesinato sin premeditación (manslaughter), violación (rape) o su tentativa, cuando aquellas hubiesen sido previamente condenadas por dicho delito”.

¹³¹ Constitución de la República de China Mayo de 1992.

<http://www.gio.gov.tw/info/nation/sp/const/index.html>

¹³² Gialdiano, Rolando E. *La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos*.

<http://www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm>

El ordenamiento constitucional de los Estados Unidos de América, siguiendo una disposición similar de la Declaración de Derechos Inglesa de 1689, dispone que no se exigirá fianza excesiva.

En efecto en su artículo 8 la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica¹³³ establece:

“No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se inflingirán penas crueles y desusadas”

En consecuencia, dice en el mismo documento, que: *“la Suprema Corte de dicho país tiene resuelto que la fianza deberá ser calculada razonablemente para proveer una seguridad adecuada de que el acusado comparecerá al proceso, lo cual requiere tener en cuenta las particularidades del caso y no simplemente el carácter del delito reprochado: inferir del hecho de la sola acusación la necesidad de fianza en un monto desusadamente alto constituye un acto arbitrario”*

Se comprobó también en la misma investigación que *“La legislación de todos los estados australianos recoge el principio de que, por regla general, las personas en espera de ser juzgadas no deben ser sometidas a prisión preventiva, al paso que los nuevos instrumentos legislativos amplíen las condiciones que se puedan imponer para la libertad provisional, en parte debido a la preocupación de que un sistema de liberación basado en garantías meramente pecuniarias fuera injusto, especialmente para los grupos de escasos recursos.”*

Por su parte, Bernard Botein¹³⁴ encontró que en Suecia se rechaza de plano y sin reservas el procedimiento de la liberación bajo fianza por considerar que da

¹³³ Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, 1787. <http://www.estudionuner.com.ar/cestadosunidos.htm>

¹³⁴ Botein, Bernard. *Libertad Provisional y Prisión preventiva*. Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Volumen V. Número 2. Ginebra Suiza 1964.

ventaja al rico sobre el pobre. De acuerdo con el mismo autor, también en Dinamarca y en Italia se observó una oposición análoga a este procedimiento, considerado como un instrumento opresor del pobre, pero conveniente para el rico bien relacionado.

Las soluciones propuestas por las legislaciones extranjeras hacen ver cómo el derecho a la libertad personal es colocada en primer plano por estas, e incluso es protegida a nivel constitucional.

Por ello se propone en este documento, como se señaló en el punto anterior, que una alternativa a la prisión preventiva consiste en la libertad bajo protesta como lo prevé la Ley adjetiva a nivel federal, de acuerdo con la cual, no es necesario otorgar una caución económica, esto porque la realidad existente en el ámbito penitenciario, enseña que gran parte de la gente que ingresa a los penales es de escasos recursos económicos.

Lo anterior daría lugar a una justicia más equitativa al otorgar las mismas oportunidades de disfrutar de la libertad, y por lo tanto de defenderse, tanto al que cuenta con recursos económicos suficientes como el que no los tiene.

Si en países como Inglaterra, aunque sea un delito grave procede la fianza, a menos que haya temor de fuga o que exista una sentencia previa, en nuestro Derecho como es importante proteger a la sociedad de la criminalidad, en este documento lo que se propone es que solo en caso de delitos no graves no se coarte el derecho a la libertad, sobre todo si es por motivos económicos.